



M-842/9-20

Se ha recibido en esta Abogacía del Estado una solicitud de informe del Sr. Subsecretario de Educación y Formación Profesional planteada en relación al movimiento de padres que se niegan a llevar a los hijos en edad escolar obligatoria al colegio al comienzo de curso, con motivo de la situación de pandemia causada por el COVID-19. Se solicita el parecer de este órgano consultivo sobre si los padres pueden tomar esta decisión.

De conformidad con lo dispuesto en la Instrucción 3/2010 sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, este informe se ha sometido al superior criterio de la Abogacía General del Estado-Dirección del 9-Servicio Jurídico del Estado. Este centro directivo ha dado su confirmación al presente informe mediante el oficio de la Abogada General del Estado de 17-9-2020, (ref. A.G.1/20, R-736/2020); dicho oficio se adjunta a este dictamen.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

-I-

Para el estudio de la consulta que se nos formula, debemos partir de la regulación constitucional del derecho a la educación como derecho fundamental. El artículo 27 de la Constitución Española (CE) consagra al respecto lo siguiente:

“1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo

C/ ALCALÁ, 34, 6º
28071 MADRID
TEL: 91-7018095
aeducacion@educacion.gob.es





con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.”

La obligatoriedad de la enseñanza básica, según el artículo 27 de la Constitución, integra el contenido del derecho fundamental a la educación. Nuestra ley fundamental configura así un derecho-deber protegido de forma privilegiada al ser incluido dentro de los llamados derechos fundamentales o de máxima protección constitucional. Y precisamente esta máxima protección se refuerza todavía si cabe más en el mandato expreso contenido a los poderes públicos en el apartado quinto del repetido artículo 27: “*Los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación...*”.

El desarrollo legal del derecho fundamental a la educación, como no podía ser de otra forma, ratifica la obligatoriedad de la enseñanza básica. Así, el primero de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE) establece que “*Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica.....*”

Por su parte, el artículo cuarto de la LODE regula los derechos y obligaciones de los padres en relación a la educación de sus hijos:





“1. Los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen los siguientes derechos:

a) **A que reciban una educación, con la máxima garantía de calidad**, conforme con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las leyes educativas.

b) A escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos.

(...)

f) A participar en la organización, funcionamiento, gobierno y evaluación del centro educativo, en los términos establecidos en las leyes.

(...)

2. Asimismo, como primeros responsables de la educación de sus hijos o pupilos, les corresponde:

a) **Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos o pupilos cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase.**

b) Proporcionar, en la medida de sus disponibilidades, los recursos y las condiciones necesarias para el progreso escolar.

c) Estimularles para que lleven a cabo las actividades de estudio que se les encomienden.

d) Participar de manera activa en las actividades que se establezcan en virtud de los compromisos educativos que los centros establezcan con las familias, para mejorar el rendimiento de sus hijos.

e) Conocer, participar y apoyar la evolución de su proceso educativo, en colaboración con los profesores y los centros.

f) **Respetar y hacer respetar las normas establecidas por el centro, la autoridad y las indicaciones u orientaciones educativas del profesorado.**

g) Fomentar el respeto por todos los componentes de la comunidad educativa.”

De conformidad con lo anterior, se establece con claridad que los padres tienen la obligación de que sus hijos asistan regularmente a clase, al objeto de poder hacer efectivo el proceso educativo de sus hijos, sin que la norma disponga expresamente ninguna excepción.

Interesa también la consideración del artículo sexto de la misma ley orgánica, sobre los derechos y los deberes de los alumnos, en sus apartados 3 y





4:

“3. Se reconocen a los alumnos los siguientes derechos básicos:

a) A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad.

*b) **A que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales.***

c) A que su dedicación, esfuerzo y rendimiento sean valorados y reconocidos con objetividad.

d) A recibir orientación educativa y profesional.

e) A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución.

*f) **A la protección contra toda agresión física o moral.***

g) A participar en el funcionamiento y en la vida del centro, de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes.

*h) **A recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural,** especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo.*

i) A la protección social, en el ámbito educativo, en los casos de infortunio familiar o accidente.

4. Son deberes básicos de los alumnos:

a) Estudiar y esforzarse para conseguir el máximo desarrollo según sus capacidades.

b) Participar en las actividades formativas y, especialmente, en las escolares y complementarias.

c) Seguir las directrices del profesorado.

*d) **Asistir a clase con puntualidad.***

e) Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado.

f) Respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa.

g) Respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del





centro educativo, y

h) Conservar y hacer un buen uso de las instalaciones del centro y materiales didácticos.”

El artículo 14, por su parte, establece, con carácter general para todos los centros docentes, lo siguiente:

“1. Todos los centros docentes deberán reunir unos requisitos mínimos para impartir las enseñanzas con garantía de calidad. El Gobierno establecerá reglamentariamente dichos requisitos mínimos.

2. Los requisitos mínimos se referirán a titulación académica del profesorado, relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares.”

Nos referimos ahora a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

El artículo 1 de la LOE establece los principios de la educación de la siguiente forma:

“El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los valores de la Constitución y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella, se inspira en los siguientes principios:

*a) **La calidad de la educación** para todo el alumnado, independientemente de sus condiciones y circunstancias.*

*b) **La equidad**, que garantice la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades que ayuden a superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación, y que actúe como **elemento compensador** de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad.*

(...)

*e) **La flexibilidad para adecuar la educación** a la diversidad de aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado, así como a los **cambios que experimentan el alumnado y la sociedad.***

(...)





- g) *El esfuerzo individual y la motivación del alumnado.*
- h) *El esfuerzo compartido por alumnado, familias, profesores, centros, Administraciones, instituciones y el conjunto de la sociedad.*
- h bis) ***El reconocimiento del papel que corresponde a los padres, madres y tutores legales como primeros responsables de la educación de sus hijos.***
- i) *La autonomía para establecer y adecuar las actuaciones organizativas y curriculares en el marco de las competencias y responsabilidades que corresponden al Estado, a las Comunidades Autónomas, a las corporaciones locales y a los centros educativos.*
- j) *La participación de la comunidad educativa en la organización, gobierno y funcionamiento de los centros docentes.*
- (...)
- q) ***La libertad de enseñanza, que reconozca el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos, en el marco de los principios constitucionales.***

El artículo 2 de la LOE, por su parte, tras enumerar los fines del sistema educativo, impone a los poderes públicos las siguientes directrices para su consecución, en el apartado 2 del precepto:

“2. Los poderes públicos prestarán una atención prioritaria al conjunto de factores que favorecen la calidad de la enseñanza y, en especial, la cualificación y formación del profesorado, su trabajo en equipo, la dotación de recursos educativos, la investigación, la experimentación y la renovación educativa, el fomento de la lectura y el uso de bibliotecas, la autonomía pedagógica, organizativa y de gestión, la función directiva, la orientación educativa y profesional, la inspección educativa y la evaluación.”

El artículo 4 de la LOE regula la enseñanza básica estableciendo lo siguiente:

“1. La enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas.

2. La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad. No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario





cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, cumplidos en el año en que finalice el curso, en las condiciones establecidas en la presente Ley.

3. *Sin perjuicio de que a lo largo de la enseñanza básica se garantice una educación común para los alumnos, **se adoptará la atención a la diversidad como principio fundamental. Cuando tal diversidad lo requiera, se adoptarán las medidas organizativas y curriculares pertinentes, según lo dispuesto en la presente Ley.***

El Título II de la Ley está dedicado a la “Equidad en la Educación”. En el primero de sus preceptos, el 71, se fijan los siguientes principios sobre la equidad educativa:

“Las Administraciones educativas dispondrán los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la presente Ley. Las Administraciones educativas podrán establecer planes de centros prioritarios para apoyar especialmente a los centros que escolaricen alumnado en situación de desventaja social.

2. **Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, TDAH, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado.**

3. *Las Administraciones educativas establecerán los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas de los alumnos y alumnas a las que se refiere el apartado anterior. La atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se regirá por los principios de normalización e inclusión.*

4. **Corresponde a las Administraciones educativas garantizar la escolarización, regular y asegurar la participación de los padres o tutores en las decisiones que afecten a la escolarización y a los procesos educativos de este alumnado. Igualmente les corresponde adoptar las medidas**





oportunas para que los padres de estos alumnos reciban el adecuado asesoramiento individualizado, así como la información necesaria que les ayude en la educación de sus hijos.”

El segundo capítulo del título II sobre equidad, se ocupa de la “Compensación de las desigualdades en la educación”, y fija como principios de tal compensación en el artículo 80:

*“1. Con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación, las Administraciones públicas desarrollarán **acciones de carácter compensatorio** en relación con las **personas, grupos y ámbitos territoriales que se encuentren en situaciones desfavorables** y proveerán los recursos económicos y los apoyos precisos para ello.*

2. Las políticas de educación compensatoria reforzarán la acción del sistema educativo de forma que se eviten desigualdades derivadas de factores sociales, económicos, culturales, geográficos, étnicos o de otra índole.

3. Corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos de competencia fijar sus objetivos prioritarios de educación compensatoria.”

Considerados estos preceptos orgánicos, y atendiendo a la consulta planteada, para analizar la trascendencia jurídica que pueda tener la decisión de los padres de que sus hijos en edad de enseñanza básica no asistan presencialmente a las clases, procede que nos realicemos la siguiente pregunta: ¿la obligación de recibir enseñanza básica se hace efectiva únicamente por la escolarización obligatoria y por la presencialidad en los centros docentes?

Es evidente que la Constitución establece la obligación de cursar la enseñanza obligatoria como un derecho-deber por la sencilla razón de ser un instrumento idóneo, el principal, para alcanzar el objetivo de la educación, es decir, el libre desarrollo de la personalidad humana. La Constitución establece este deber como una obligación de los poderes públicos. Es un deber/derecho no renunciable ni por los ciudadanos ni por los poderes públicos. Así se infiere con toda claridad de las normas antes expuestas, que utilizan términos imperativos y tajantes para garantizar la consecución de los objetivos fundamentales de la educación.





De los preceptos antes considerados de la LODE y la LOE resulta con claridad la obligación de hacer efectiva esa enseñanza básica obligatoria a través de la escolarización, constituyendo tal escolarización una obligación para los padres y alumnos. Por su parte, las Administraciones públicas deben garantizar la escolarización.

En los preceptos antes transcritos se han incluido también las previsiones legales sobre la flexibilidad que debe regir la actuación de los poderes públicos para la adaptación las diversas circunstancias del alumnado y a las distintas situaciones socioeconómicas. Este principio de flexibilidad ha permitido, durante el estado de alarma, que se suspendiera la presencialidad de las clases, y es el que permite a las Administraciones Públicas ir adaptando las condiciones de impartición de las clases según los diferentes escenarios de evolución de la pandemia.

-II-

Sentada pues la indudable obligación de poderes públicos, padres y alumnos de hacer efectivo el derecho a la enseñanza básica a través de la escolarización obligatoria, procede ahora analizar qué trascendencia jurídica tiene el incumplimiento de tal obligación por los padres o tutores legales.

Nada se establece sobre tal incumplimiento en las leyes orgánicas que desarrollan el derecho fundamental a la educación.

Debemos acudir a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que contiene normas que han de ser necesariamente tenidas en cuenta en el supuesto que se nos plantea. Destacamos los siguientes preceptos:

Artículo 2: Interés superior del menor.

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En





la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

(...)

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

(...)

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. (...)

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y **no discriminación por su especial vulnerabilidad**, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o **cualquier otra característica o circunstancia relevante**.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) **La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad**, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) (...)

f) **Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.**

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la





medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

(...)

El artículo 9 quáter regula los deberes de los menores en el ámbito escolar:

“1. Los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo.

2. Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso.

3. A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.”

Esta norma no recoge expresamente la obligación de asistencia a clase, pero de la misma no puede colegirse que no exista tal obligación, puesto que la escolarización obligatoria está establecida sin margen de dudas en la LOE y en la LODE. El legislador, en el caso de la Ley Orgánica 1/1996 está partiendo de la obligación legal de escolarización que se establece en las leyes especiales y ha optado por no reiterar tal obligación, que en realidad se desprende del tenor del artículo cuando afirma la obligación del menor de respetar las normas de convivencia de los centros educativos, dando por sentada el presupuesto obligatorio de la escolarización.





Resulta en cualquier caso como primordial criterio rector de la interpretación de las normas que afecten a los menores, el de su interés superior. Véase que en la configuración de este interés superior, la Ley Orgánica establece como primer parámetro para su protección “*La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*” Como no podía ser de otra manera, el primero de los derechos fundamentales, el derecho a la vida, a la integridad física, es el elemento primero que se ha de considerar siempre en las decisiones que afecten a los menores. Nótese que en este mismo apartado a), el primero que la ley establece para guiar al aplicador de la norma en la determinación de lo que constituye “interés superior del menor”, también se refiere a la satisfacción de sus necesidades básicas, entre las que incluye las materiales y físicas, pero también las educativas, las emocionales y las afectivas. **Estas necesidades están ciertamente detrás de la decisión del legislador de establecer la escolarización obligatoria para hacer efectivo el cumplimiento del deber constitucional de que todos reciban enseñanza básica** (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre).

Resulta también de interés tener en cuenta los principios rectores de la actuación administrativa en relación con los menores, enumerados en el artículo 11 de la Ley:

“1. Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen.

(...)

Las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, **educación, sanidad, servicios sociales, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes, tiempo libre, juego, espacios libres y nuevas tecnologías (TICs).**

Las Administraciones Públicas tendrán particularmente en consideración la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios en los que permanezcan habitualmente menores, en lo





que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias, de accesibilidad y diseño universal y de recursos humanos, así como a sus proyectos educativos inclusivos, a la participación de los menores y a las demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

a) *La supremacía de su interés superior.*

(...)

h) *La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, **garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten.***

i) ***La protección contra** toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, **el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.***

j) *La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia.*

k) *La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas.*

(...)

De nuevo vemos que la norma vuelve a priorizar una consideración global e interdisciplinar del interés superior del menor. Éste debe ser el ámbito de análisis y solución de las dificultades que se puedan plantear en la efectividad de la educación obligatoria, especialmente en una situación como la que vivimos.

Resulta también de interés la consideración del artículo 12, sobre las actuaciones de protección del menor:

“1. La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la





asunción de la tutela por ministerio de la ley. En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

2. Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores. (...)

Como vemos de nuevo, los poderes públicos tienen un mandato legal expreso y claro, del que no pueden apartarse, de garantizar el cumplimiento de los deberes de los progenitores, tutores, etc, entre los que figura, sin ningún género de dudas, el de que los menores asistan obligatoriamente a clase.

Otra norma de la LO 1/1996, ilustrativa de la voluntad del legislador de garantizar el derecho a la educación a través de la enseñanza escolarizada obligatoria es el artículo 13, sobre las obligaciones de los ciudadanos y su deber de reserva:

“1. Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.

3. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor. (...)

La no asistencia al centro escolar de forma habitual y sin justificación, pueden motivar la apreciación de la situación de desamparo, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la mencionada ley:





“1. Cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.

2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

(...)

En particular se entenderá que existe **situación de desamparo** cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la **suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor:**

(...)

g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria. (...)

Como se puede comprobar **la apreciación de desamparo por falta de asistencia al centro educativo requiere que el absentismo sea reiterado y no justificado.** De esta norma resulta igualmente la obligación de los padres de **justificar su conducta al centro educativo.**

-III-

Llegamos así a lo que, a nuestro juicio, constituye el núcleo fundamental de la consulta planteada: **¿puede la actual situación de pandemia justificar per se la decisión de los padres que sus hijos no acudan a los centros escolares?** La respuesta a esta cuestión entendemos que no puede ser general ni taxativa, pues deberá analizarse la situación de la evolución de la pandemia en cada momento, y especialmente, la situación personal y familiar de cada





alumno.

No puede desconocerse la alarma social que genera esta pandemia y la existencia de abundante información que puede ocasionar desconcierto y miedo, especialmente en aquellas familias en las que el riesgo se pueda percibir como más acuciante: por ejemplo, en el caso de niños con patologías previas que puedan tener un mayor riesgo de enfermar de forma grave, o en el caso de que convivan en el hogar familiares con un mayor riesgo (personas mayores o con patologías previas).

Sin ánimo de exhaustividad, podemos tomar varios ejemplos de informaciones en medios de comunicación en días recientes que pueden generar un comprensible temor ante los riesgos de la asistencia a clase:

-Radio Nacional de España: 6 de septiembre, un epidemiólogo, que trabajó anteriormente para la Organización Mundial de la Salud afirma tajantemente que se debería retrasar “la vuelta al cole” en alguna comunidad autónoma, por la elevada tasa de transmisión, tal como se ha hecho en otras comunidades autónomas con menor tasa de transmisión.

- El País, 1 de septiembre: La presidenta de la Asociación Nacional e Internacional de Enfermeras Escolares, Natividad López, cree que es inseguro reabrir las aulas con una tasa de transmisión que supera en 10 veces lo recomendado por la OMS.

- El Mundo 3 de septiembre. Los expertos llevan semanas avisando que no llegamos al comienzo de curso con la transmisión controlada, y así ha sido: España afronta la vuelta a la actividad normal con incidencia acumulada (211,84) que duplica ampliamente la de Francia (91) y prácticamente, multiplica por 10 las de Italia (24,7), Reino Unido (24.1) y Alemania (19,6). La prensa internacional ya da por hecho que nuestro país es el triste protagonista de la “segunda ola” de la pandemia en Europa.

-EL DÍA de Canarias. 3 de septiembre: La Comunidad Educativa considera imposible arrancar el curso el día 15. Sindicatos, Ampas y estudiantes solicitan centros más seguros y la bajada de ratios para garantizar la vuelta a la presencialidad.





Éstos son sólo algunos ejemplos de informaciones públicas que pueden generar una comprensible preocupación en las familias sobre el riesgo al que pueden estar expuestos sus hijos y las personas con las que conviven. Por supuesto, tales informaciones conviven con otras en las que se da cuenta de las medidas de prevención que se van a implementar en los centros docentes y con las declaraciones de los responsables públicos en la materia que aseveran la suficiencia de los protocolos de seguridad.

Para completar el entendimiento del nivel de preocupación de las familias, consideramos oportuno la mención en este informe de la práctica realizada por distintos centros educativos de exigir a los padres la firma de un documento eximiendo a los centros de responsabilidad en el caso de contagio de los niños o sus familiares. Tal práctica puede ser tomada por las familias como un indicio del elevado riesgo de contagio y generar la lógica preocupación.

Ante esta situación, entendemos que la efectividad del derecho fundamental a la educación, en su desenvolvimiento como obligación de asistencia a clase, se contrapone a otro derecho fundamental: el derecho a la vida, en su manifestación del derecho a la integridad física, no sólo de los menores, sino de sus familiares convivientes. Tal contraposición consideramos que debe ser examinada de forma particular, caso a caso, tanto teniendo presente el contexto de evolución de la pandemia (en cada parte del territorio), como en el supuesto concreto de cada familia. A nuestro juicio, la realización de tal análisis factual y contextual es fundamental para constatar el presupuesto de hecho del absentismo escolar: que la falta de asistencia a clase sea reiterada y que carezca de justificación. Pero debemos insistir en que **el análisis se debe hacer caso por caso.**

Reiteramos que **no cabe concluir en abstracto que la situación actual ampare directamente la actuación de los padres que deciden no escolarizar a sus hijos.** Ello supondría desposeer a los poderes públicos de las obligaciones irrenunciables que les atribuye el legislador en cuanto a la garantía de la efectividad del derecho a la educación básica, en su vertiente de velar por el cumplimiento de la educación obligatoria. Y supondría legitimar el incumplimiento directo de las normas por los ciudadanos. Nos encontramos ante normas de Derecho público, por tanto, de carácter plenamente imperativo. Su





desconocimiento por los padres supondría la violación del principio de legalidad que la Constitución impone tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos en su artículo 9.1: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”

Interesa recordar que a los padres, ciertamente, les asiste el derecho de participar en el ámbito educativo, en la forma prevista en las leyes. Esta participación evidentemente será uno de los cauces para el planteamiento ante los centros escolares y, en su caso, ante las administraciones educativas, de las preocupaciones derivadas de la situación actual de pandemia. Pero también tienen a su disposición los padres las vías que el ordenamiento jurídico establece para la revisión de la actuación de la Administración: esto es, el ejercicio de acciones legales contra la actuación administrativa (o la inactividad administrativa). De forma que, si los padres consideran que la vuelta al colegio no se realiza de forma segura, libres son de, por ejemplo, instar un recurso contencioso-administrativo contra esta decisión, con posibilidad, por ejemplo, de instar la suspensión cautelar de las decisiones administrativas de fijación de la fecha de comienzo de curso.

En cualquier caso, de producirse la inasistencia a clase de alumnos, insistimos en que debe valorarse la situación de cada niño, cada familia, y el momento en se produzca tal inasistencia, para atender a la situación epidemiológica y la alarma que pueda producir en cada familia. Ello, en cuanto que, como hemos visto, la ley exige para apreciar absentismo y que se tomen medidas contra este absentismo por los poderes públicos, que la falta de asistencia a clase reiterada, no tenga justificación. Estas circunstancias serán las que motiven la puesta en marcha de los protocolos de actuación frente al absentismo cuya implementación corresponde a las Administraciones autonómicas, con la necesaria colaboración de los centros docentes. Recordemos que el artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor obliga a cualquier persona que conozca la falta de asistencia a clase, sin justificación del menor, lo ponga en conocimiento de las autoridades competentes. Esta obligación se impone especialmente a aquéllos que por su situación o función conozcan estas situaciones. De manera que los colegios, de producirse estas situaciones, y de entender que son injustificadas, deben proceder de inmediato a la comunicación a la autoridad competente.





-IV-

Consideramos de interés traer aquí el reciente comunicado público efectuado por la Fiscalía General del Estado el 3 de septiembre, con motivo de esta problemática (el contenido de este comunicado es el que integra también la nota de servicio nº 1/ 2020 de la Fiscalía General del Estado para la Unificación de criterios entre las distintas Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales en materia del ABSENTISMO ESCOLAR que se derive de la crisis del COVID -19, elaborada por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores) (los subrayados son nuestros) :

“El absentismo escolar constituye una preocupación para la Fiscalía por cuanto la educación repercute de manera trascendental en el desarrollo de los menores y, por extensión, en el de la sociedad en su conjunto.

Si bien no es una función primaria y directa del Ministerio Fiscal la elaboración de medidas que salgan al paso del absentismo escolar, éste no es ajeno, ni puede serlo, a las atribuciones e intereses del Ministerio Fiscal.

En el momento presente, ante la crisis sanitaria que afecta a todos los ámbitos de la sociedad, la preocupación por la garantía de la salud es comprensible y compartida.

En este contexto, en el que, confluyen el derecho a la salud y el derecho/obligación de educación, ante el inminente comienzo del curso escolar 2020/2021, en relación con la incertidumbre generada a nivel nacional en las familias de los escolares afectados por la necesidad de asistencia presencial a los centros educativos relativa a los/as alumnos/as comprendidos entre los 6 y los 16 años, desde la Unidad Especializada de Menores de la FGE se estima conveniente señalar los siguientes aspectos:

Como presupuesto previo debe tenerse en cuenta que la actuación del Ministerio Fiscal, en este ámbito, sólo se justifica con carácter posterior a la





realización de aquellas conductas que se realicen en abierta oposición al cumplimiento del deber legal de escolarización de los menores. Pero nunca con un carácter preventivo ajeno a los cometidos propios de la institución.

Cabe recordar que en los tramos de edad comprendidos entre 6 y 16 años persiste la obligación legal de escolarización imperativa en los términos y condiciones establecidos por las legislaciones estatal y autonómica aplicables en cada caso.

Tras las reuniones de coordinación llevadas a cabo entre los responsables de los Ministerios de Sanidad y Educación del Gobierno y los responsables de las Consejerías de los Gobiernos Autonómicos competentes en materia de Educación y Sanidad, la respectivas Comunidades Autónomas han establecido, siguiendo la pauta fijada en las mismas, los criterios a seguir en cada una de ellas y que se han traducido en las correspondientes instrucciones a los centros educativos.

Consecuentemente, los centros escolares deberán aplicar y observar los oportunos protocolos de seguridad establecidos por las autoridades educativas y sanitarias competentes.

La asistencia presencial del alumnado, en los parámetros y condiciones antedichos, constituye una obligación ineludible para los padres o tutores de los/as menores afectados. Su **desatención voluntaria, injustificada y persistente** acarreará las consecuencias legales derivadas del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, como ha venido ocurriendo de forma habitual hasta el momento en los supuestos de absentismo.

Los centros educativos, cuando detecten casos de inasistencia voluntaria e injustificada a las aulas, serán los encargados de comunicar a las respectivas Comisiones Locales o Provinciales de Absentismo tales incumplimientos y de llevar a cabo los trámites administrativos pertinentes. Sólo en los casos de repetida y no justificada asistencia a clase se deberá remitir copia del expediente incoado a tales efectos al Ministerio Fiscal, conforme a los respectivos protocolos de actuación vigentes en cada territorio.

Recibidos en la Fiscalía dichos expedientes administrativos, se





procederá a la incoación de las oportunas diligencias preprocesales a fin de ponderar individualmente las circunstancias concurrentes en cada caso, modulando la adecuación de la respuesta institucional a la situación concreta de los alumnos/as afectados y sus respectivas familias, tomando en consideración la actual situación de pandemia derivada del COVID-19, y el singular escenario derivado de los riesgos sanitarios presentes no solo en el ámbito escolar, sino también en el familiar.

Sólo aquellos casos que carezcan de justificación clara y terminante para la exención, aun temporal, del deber de asistencia presencial del alumnado al centro motivarán que el Ministerio Fiscal prosiga sus diligencias a los efectos de ejercitar la acción penal contra aquellos padres o tutores que presuntamente hayan infringido los deberes inherentes a la patria potestad en este ámbito.”

No podemos sino compartir todas y cada una de las consideraciones efectuadas en este comunicado de la Fiscalía General del Estado, que se fundamentan en los mismos presupuestos legales que hemos expuesto con anterioridad.

-V-

Si bien insistimos en que la falta de asistencia a clase se ha de analizar por los centros docentes y por las autoridades competentes caso por caso, sin que la situación de pandemia pueda alterar en modo alguno este presupuesto básico, no podemos dejar de incluir aquí la siguiente reflexión: En "situaciones límite" la negativa de los padres a que sus hijos acudan a clases presenciales en el centro escolar podría constituir un delito de abandono familiar tipificado en el artículo 226 del Código Penal por "dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad", que conlleva una pena de inhabilitación de entre cuatro y diez años para ejercerla. Ahora bien, entendemos que sólo se podría apreciar delito en "situaciones verdaderamente graves", al ser el derecho penal "la última ratio".

Debemos en este punto incidir en la posibilidad de considerar la concurrencia de una causa de justificación, desde la óptica del derecho penal, que quedaría entroncada en el concepto del miedo insuperable. La definición del





término "*miedo insuperable*", se halla íntimamente relacionada con el concepto de culpabilidad y de imputabilidad como elemento del delito, necesario para responsabilizar penalmente a su autor. La culpabilidad, cuyo presupuesto se encuentra en la imputabilidad del sujeto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma. El "*miedo insuperable*" se encuadra en el Código Penal de 1995 como una circunstancia que exime, exonera, de la responsabilidad criminal del sujeto activo del delito, basándose en el principio de la no exigibilidad de otra conducta distinta a la realizada.

La jurisprudencia clásica consideró que bajo el término "*miedo insuperable*" debe entenderse aquel estado emocional, de mayor o menor intensidad, producido por el temor fundado de un mal efectivo, grave e inminente, que sobrecoge el espíritu, nubla la inteligencia y domina la voluntad: se asigna al miedo insuperable la producción de una reacción vivencial anómala de honda raigambre instintiva, como circunstancia liberadora de la responsabilidad criminal en cuanto que la voluntad se mueve por resortes lindantes con el automatismo, bajo un impacto de temor o pánico que la inhibe fuertemente, afectando de modo intenso a la capacidad de elección (por todas, Sentencia del tribunal Supremo: 3 de diciembre 1991).

El concepto legal de esta eximente de la responsabilidad criminal se extrae de la propia regulación que realiza en Código Penal en su artículo 20.6 al disponer que está exento de responsabilidad criminal "*el que obre impulsado por miedo insuperable*".

Así pues la eximente del miedo insuperable funciona como una causa de exclusión de la culpabilidad por la honda perturbación anímica sufrida por el sujeto, que priva de plenitud de libertad a la determinación de su voluntad motor que a su vez trae fundamento en la imposible exigibilidad de otra conducta, ya que quien actúa en ese estado subjetivo de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado.

De conformidad con el anterior análisis jurisprudencial consolidado, consideramos que el temor fundado en una situación desfavorable de evolución de la pandemia, con transmisión comunitaria, puede generar una legítima





preocupación por la integridad física de los menores y de sus familiares convivientes que revista la entidad de eximente de responsabilidad. Ahora bien, que las circunstancias sanitarias y de las condiciones de cada familia puedan llevar a configurar tal situación como justificativa de un miedo insuperable, deberá examinarse caso por caso.

De conformidad con las consideraciones jurídicas anteriores, sometemos a su parecer las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- La actual situación de pandemia no ampara, *per se*, la conducta de las padres que decidan que sus hijos no asistan a clase por temor al contagio. La obligación de asistencia a clase tiene carácter general, habida cuenta de que el legislador ha establecido la escolarización obligatoria en la enseñanza básica como forma de hacer efectivo el derecho fundamental de todos a la enseñanza, de conformidad con el artículo 27 de la Constitución.

Segunda.- Sin perjuicio de lo anterior, sólo cabe apreciar absentismo escolar cuando la inasistencia a clase no esté justificada. Por ello, deberá valorarse, tanto por los centros docentes como por las autoridades competentes, la situación particular de cada menor, por razones de salud, tanto del menor como de sus familiares convivientes, así como la situación de evolución epidemiológica en el momento que se trató. Estas circunstancias pueden constituir una causa de justificación del absentismo. → También caldría tener en compte la condicions de regrestat dels centres, no?

Tercera.- Las personas que, por razón de su función, tenga conocimiento de un absentismo escolar injustificado, están especialmente obligadas a ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes, para que, en su caso, y si procede, se adopten las medidas de intervención correspondientes.





Las consideraciones jurídicas anteriores, con sus conclusiones, han sido confirmadas por la Abogada General del Estado mediante oficio de 17-9-2020, (ref. A.G.1/20, R-736/2020), adjunto a este informe.

Madrid, 17 de septiembre de 2020.

LA ABOGADA DEL ESTADO-JEFE

María Dolores Ocaña Madrid

SR. SUBSECRETARIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL.-

